

בית הדין להגבלים עסקיים

הע 000001/99

בקשה 20/99

בפני:

כב' השופט יהונתן עדיאל – המשנה לאב בית הדין

מר ראול טייטלבוים – חבר

מר יאיר רוטלוי – חבר

בעניין:

1. תנובה – אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ

על-ידי עו"ד יוסי לוי ואח'

2. הממונה על ההגבלים העסקיים

על-ידי עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

המבקשים

נגד

1. פוד קלאב בע"מ

על-ידי ב"כ עוה"ד י. זלצמן ואח'

המשיבה

2. עופקל, שותפות מוגבלת

על-ידי ב"כ עוה"ד צבי טמיר ושות'

המשיבה הפורמלית

החלטה

1. בפנינו בקשה לדחייתו או לחלופין מחיקתו על הסף על הערר שהגישה פוד קלאב בע"מ (המשיבה כאן), על החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) על-פי סעיף 20 (ב) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח – 1988, (להלן: החוק) לאשר בתנאים את מיזוגן של תנובה – אגודה שיתופית לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ (להלן: תנובה) עם עופקל, בתיק מיזוג 2805 מיום 4.3.99.

2. תנובה הנה אגודה שיתופית חקלאית העוסקת בשיווק תוצרת חקלאית טריה, ובכלל זאת עופות ומוצריהם, עופקל הנה שותפות מוגבלת המנהלת מפעל לייצור מוצרי עוף והודו מצופים, אפויים או מטוגנים ופוד קלאב בע"מ הנה חברה פרטית העוסקת בשיווק מוצרי מזון קפואים ומצוננים מסוגים שונים בארץ וביניהם גם מוצרי עוף.

3. החל משנת 1992, קשורות המשיבה ועופקל בהסכמים לפיהם משווקת המשיבה את מוצרי עופקל בשוק מוצרי העוף, תחת מותגיה של המשיבה. התקשרות עסקית זו זכתה להצלחה שהתבטאה, לטענת המשיבה, בתפיסת נתח שוק של 30% מכלל שיווק מוצרי העוף בארץ.
4. על אף הצלחה זו, החלה עופקל לנהל בשנת 1998 משא ומתן עם תנובה ביחס למיזוג בין השתיים. משא ומתן זה עלה יפה, והביא להסכם מיזוג, אשר תוצאתו המיידית, לגישת המשיבה, התבטאה בהודעתה של עופקל למשיבה על הפסקת הסכם ההפצה שביניהן.
5. המשיבה הגישה, כאמור לעיל, ערר על החלטת הממונה לאשר את המיזוג בתנאים, ומכאן הבקשה הנוכחית למחיקתו של הערר.
6. הטעם העיקרי הועמד בבסיס הבקשה הוא כי למשיבה אין זכות עמידה בפני בית הדין להגבלים עסקיים על-פי סעיף 22 (ב) לחוק, זאת לאור כך שהיא לא הראתה בערר כי היא עלולה להיפגע מהמיזוג, וכי בפועל, משתמשת המשיבה בערר כדי לנסות ולשמור על זכויותיה הנתענות כנגד עופקל במישור המשפט הפרטי, שאין מקומן בפני בית-דין זה. על-פי טענה זו, הפגיעה המקנה זכות עמידה בפני בית הדין לפי סעיף 22 לחוק היא "פגיעת הגבל עסקי" (ANTITRUST INJURY) וכזו לא נגרמה למשיבה. לכל היותר, נטען, זכאית המשיבה להעלות את טענותיה בדבר ניתוק הסכם ההפצה בינה לבין עופקל בפני בית-משפט אזרחי, אולם אין בכך כדי להוות פגיעת הגבל עסקי מכוחה נרכשת זכות העמידה בערר על החלטת הממונה בפני בית-דין זה.
- הממונה תומך בבקשת המחיקה והוא אף סבור כי עררה של המשיבה מעלה "יותר מחשד", כי ערר זה אינו אלא ניסיון לעשות שימוש לרעה בהליכים בפני בית הדין על מנת לזכות ביתרון בסכסוך חוזה-אזרחי מובהק שבין העוררת למשיבות. לאור כך, אין הממונה מסתפק בתמיכה בבקשת המחיקה של תנובה, אלא הוא אף מבקש לראות בתגובתו לבקשה כבקשה לדחיית הערר העומדת בפני עצמה.
7. טעם נוסף המובא בבקשה למחיקת הערר הוא כי המשיבה לא הראתה בעררה כיצד ובאיזה אופן יפגע המיזוג הנדון בתחרות או בצרכנים. על-פי טענה זו צריך העורר להראות כי המיזוג המוצע עלול לפגוע בתחרות בענף הרלוונטי, ולשם כך על העורר להראות מהו השוק הרלוונטי עליו ישפיע המיזוג, מיהם המתחרים בשוק זה ומה הפגיעה הגלומה באישורו של המיזוג בשוק זה. לחלופין, נדרש העורר להוכיח את הפגיעה העלולה להיגרם לציבור כתוצאה מאישור המיזוג. משלא הרימה המשיבה את נטל ההוכחה המוטל עליה בעררה, דין הערר להימחק בהיעדר כל עילה העולה ממנו.
8. על פי ההלכה הנוהגת בתחום הדיון האזרחי, על בית המשפט לנהוג משנה זהירות בטרם ימחק תביעה על הסף מכוח סמכותו על-פי תקנה 100 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד – (1984), והוא יעשה כן רק במקום בו אין מתקיימת אפשרות, ולא קלושה, כי התובע

יצליח להוכיח את קיומה של עילת תביעתו (ראה: ד"ר י. זוסמן, **סדרי הדין האזרחי**, מהדורה שביעית, 1995. עמ' 387). לא כך הם פני הדברים במקרה שלפנינו.

9. המבקשת מבססת את בקשתה על החלטת בית הדין בעניין "אדגר" (ה"ע 5/98 **אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נ. הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'** (טרם פורסם). באותו עניין, מחק בית הדין את הערר לאור העובדה כי "טענתה המרכזית, ולמעשה היחידה, של העוררת" היתה לעניין הפגיעה בזכויותיה החוזיות כתוצאה מהמיזוג, כאשר לגבי הפגיעה הגלומה במיזוג לתחרות או לציבור, נטענה טענה כללית, ללא כל ביסוס עובדתי או משפטי, שהיתה יותר בגדר "מצוות פרקליטים מלומדה" מאשר טענה עניינית. כך התייחס שם בית הדין לטענת הפגיעה בתחרות שהעלתה העוררת:

"מי שעורר על החלטת הממונה מהטעם שהמיזוג עשוי לפגוע בתחרות, צריך להכבד ולפרט כיצד ובאיזה אופן יפגע המיזוג בתחרות. העיון בערר אינו מגלה אפילו באיזה ענף מדובר, מה הם מאפייני השוק של אותו ענף, למשל כמה מתחרים נוספים פועלים בשוק זה, מה היא מידת התחרותיות הקיימת בשוק, זה, האם החברות המתמזגות עוסקות באותו ענף, אם כן מה מעמדן בשוק, והאם קיים חשש שעקב איחוד הכוחות שיווצר בגלל המיזוג תגדל השליטה והדומיננטיות של הגוף המאוחד בשוק עד כדי סיכון התחרות בו..." (שם, עמ' 10 לפסק הדין).

10. בכך שונה מקרה זה מעובדות עניין אדגר לעיל. הטענה העיקרית העולה מן הערר היא החשש כי לאור מבנה ענף הפטם, אשר סובל מריכוזיות גבוהה כאשר תנובה הנה שחקן מרכזי בכל מדרגיו השונים, ולאור צעדים נוספים שנוקטת תנובה בעת האחרונה בין בתוך ענף הפטם ובין בענפי מזון אחרים, המיזוג הנדון יביא לפגיעה בתחרות בענף בכלל ובעוררת בפרט, על דרך של דחיקתה משוק שיווק מוצרי העוף, והגדלת חסמי הכניסה כלפי מתחריה הפוטנציאליים של תנובה בענף (סעיף 28 לערר). ודוק, טענה זו לא נטענה, כפי שנעשה בעניין "אדגר" הנ"ל, מן הפה אל החוץ, אלא בוססה על חוות דעת כלכלית (נספח ה' לערר) המתייחסת לניתוח מבנה ענף הפטם על מדרגיו השונים (משחטות, שיווק, מוצרי עוף ושיווקם), השחקנים הפועלים בכל מדרג, והחשש לפגיעה בתחרות ובציבור הרחב העולה כתוצאה מהמיזוג.

11. אומנם, אין חולק כי העוררת לעופקל קיים סכסוך משפטי, מתחום המשפט הפרטי, המתייחס לסיום הסכם ההפצה שנהג ביניהן עובר למועד אישור המיזוג בין עופקל לתנובה על-ידי הממונה. העוררת אף גילתה בגוף הערר כי בכוונתה לפתוח בהליכים משפטיים במישור האזרחי כנגד עופקל, תנובה ועוף הגליל. אולם בכך לבד אין כדי לשלול את זכות העמידה של העוררת בערר, כל עוד זו מבוססת, בניגוד למה שהיה במקרה שנדון בעניין אדגר, על שיקולים מתחום דיני ההגבלים העסקיים, ואין בכך כלום שהפגיעה הקונקרטית

הנגרמת במקרה זה עקב צמצום התחרות, מתבטאת בביטול הסכם השיווק שבין המשיבה לבין עופקל.

12. נציין שהדברים דלעיל נאמרו במישור הלכאורי בלבד, וכלל שמדובר בבקשה לדחיית הערר על הסף, שכן הסוגייה מצדיקה הרחבת היריעה, דבר שייעשה במסגרת הדיון בערר לגופו.

13. הבקשה נדחת. תנובה והממונה יגישו את תגובתם לערר בתוך 14 ו- 30 יום בהתאמה ממועד המצאת החלטה זו.

ניתנה היום, י' בטבת תש"ס (19 בדצמבר 1999), בהעדר הצדדים.

המזכירות תמציא העתק ההחלטה לב"כ הצדדים.

מר י. רוטלוי
חבר

מר ר. טייטלבוים
חבר

י' עדיאל, שופט
המשנה לאב"ד